

A jurisprudência do STF e do STJ sobre progressão de regime em crimes hediondos

Alexandre Pontieri *

1 A jurisprudência do STF e do STJ sobre progressão de regime em crimes hediondos

A polêmica questão da derrogação ou não do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 pela Lei 9.455/1997 sempre esteve presente em nossos Tribunais. Os debates sempre foram muito ricos sob o aspecto das posições defendidas por nossos julgadores.

Diante das diversas discussões sobre o tema, recentemente o Supremo Tribunal Federal havia editado a Súmula 698, que assim dispõe: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

Assim, questão que se faz fundamental para entendermos o problema da Lei 8.072/1990 em face da Lei 9.455/1997 é a de saber como fica o cumprimento da pena para os denominados crimes hediondos?

Para podermos entender esta questão, é necessário entender um pouco os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, desde a vigência da Lei 9.455/1997 até a edição da Súmula 698 pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão da extensão da progressividade, prevista na Lei 9.455/1997, para os crimes de tortura, a todos os crimes hediondos e equiparados, no entanto, não havia recebido muito apoio em alguns Tribunais, principalmente, no Supremo Tribunal Federal. No colendo Supremo Tribunal Federal a tese da aplicação analógica (*in bonam partem*) da lei citada a todos os crimes hediondos não foi aceita (STF, HC 76.371-SP, j. 25/03/1998). No egrégio TJSP predominou também esse último entendimento restritivo (v. Ap.Crim. 229.0873/7, rel. Silva Pinto, j. 20/10/1997).

Analisando alguns julgados dos Tribunais Superiores, podemos concluir que o Superior Tribunal de Justiça através de alguns de seus Ministros, principal-

mente pelos votos do Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, foi o que mais se aproximou de uma análise global e sistemática de nossa legislação dentro de todo o ordenamento, buscando dar maior efetividade aos preceitos da Constituição Federal.

Faremos a transcrição de algumas ementas com a finalidade de conhecer e analisar quais as linhas de raciocínio seguidas por nossos julgadores.

Não temos como colocar todas as decisões, mas procuraremos colocar as principais, pois, como sabemos, cada decisão é de uma importância única, diante da análise de vidas que estão por trás dos papéis, e cada uma dessas decisões ditarão os rumos que serão seguidos pelos demais Tribunais, melhorando ou não o sistema vigente.

Merece grande atenção o Recurso Especial 140.617, com o voto do Ministro Luiz Vicente Cernichiaro:

Resp – 140.617-GO - Ementa da Decisão de 02/09/1997:

Resp. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei 8.072/1990). Tortura (Lei 9.455/1997). Execução. Regime fechado. A Constituição da República (Art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei 8.072/1990 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (Art. 2º, § 1º). A Lei 9.455/1997 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º - 7º: “O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei 9.455/1997, quanto a execução da pena, é mais favorável do que a Lei 8.072/1990. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes.

Essa decisão do Ministro Luiz Vicente Cernichiaro do ano de 1997, ou seja, logo em seguida ao

* Advogado. Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da FMU – CPPG/UNIFMU e em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo – ESMP/SP.

surgimento da Lei 9.455/1997, serviu como paradigma para a grande maioria das decisões que foram e são favoráveis à progressão do regime prisional para os crimes hediondos em razão da lei da tortura.

O Superior Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade da progressão do regime prisional aos crimes hediondos em face da Lei 9.455/1997 em diversos outros julgados, conforme exposto:

Habeas corpus. Possibilidade de progressão do regime prisional em face da Lei 9.455/1997. Ordem concedida em razão de empate na decisão. Acórdão – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, em razão de empate na votação conceder a ordem, para admitir a possibilidade de progressão de regime prisional, em face da Lei 9.455. Votou com o Sr. Ministro Fontes de Alencar o Sr. Ministro Vicente Leal, vencidos os Srs. Ministros Relator e Hamilton Carvalhido. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.¹ (HC 10432/RJ.)

E, seguindo com a linha de raciocínio favorável à progressão de regime em face da lei de tortura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Constitucional. Penal. Execução penal. Regime prisional. Progressão de Regime. Crimes Hediondos. Lei 8.072/1990, art. 1º, § 2º. Lei 9.455/1997, art. 1º, § 7º. Lex Mitior. Incidência. É dogma fundamental em Direito Penal a incidência retroativa da *lex mitior*, encontrando-se hoje entronizado em nossa Carta Magna, ao dispor que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). Se a Lei 9.455/1997 admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, conferindo tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 8.072/1990, é de rigor a sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição, em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte de 1988. Recurso especial conhecido e provido.² (Resp 184918/RS.)

A posição adotada até então pelo Superior Tribunal de Justiça tratava de pontos essenciais como a aplicação da *Lex Mitior*, afirmando que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, e, principalmente da individualização da pena em razão da progressão do regime prisional para os crimes de tortura.

O caráter individualizador das penas é a grande chave para uma correta aplicação dos princípios de Direito Penal. Assim, nessa linha de raciocínio, as ponderações dos Professores Zaffaroni e Pierangeli sobre a faculdade individualizadora que as penas devem ter:

O CP brasileiro segue o sistema conhecido como o das penas “relativamente indeterminadas”. Salvo as penas que por sua natureza não admitem a quantificação, as demais são estabelecidas legalmente de forma relativamente indeterminada, isto é, fixando um mínimo e um máximo, possibilitando, sempre, uma margem para a consideração judicial, de conformidade com as regras gerais de que é o juiz que deve concretizá-las no caso concreto.³

Ainda dentro da análise das decisões aplicadas pelos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça tratou da questão da aplicação das penas alternativas em face da lei dos crimes hediondos, analisando com muita coerência a matéria:

HC. Constitucional. Penal. Crime hediondo (Lei 8.072/1990). Penas alternativas (Lei 9.714/1998). A Lei 9.714/1998, encerrando modernas recomendações criminológicas, autoriza aplicar penas alternativas nas condenações até quatro anos; com isso, coloca-se (ou recoloca-se) na sociedade o condenado para, paulatinamente, reeducar-se para a convivência. Incide também nos casos de condenação por crime hediondo ou a ele equiparados. Tanto assim, a lei, literalmente, exclui as infrações não contempladas: pena superior a quatro anos e o crime cometido com violência ou grave ameaça a pessoa. A pena aplicada, como o cumprimento, diminui dia a dia. A Lei de Execução Penal estatui no art. 113: “No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena”. Desse modo, o resgate diário, quando reduzir a condenação a quatro anos, enseja, reunidas também as condições subjetivas, aplicar pena alternativa. O réu é condenado a x, mas está condenado a x-y. Modifi-

¹ HC 10432/RJ; *Habeas Corpus*, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Relator p/ Acórdão Ministro Fontes de Alencar, Órgão Julgador – Sexta Turma, data do julgamento 05/10/1999, data da publicação/fonte DJ 13/12/1999, p. 182.

² Resp 184918/RS; Recurso Especial, Relator Ministro Vicente Leal, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 04/05/2000, data da publicação/fonte DJ 23/09/2002, p. 400.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral, 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2004. p. 741.

cada a situação jurídica, altera-se a situação inicial.⁴ (HC 9466/SP.)

E, voltando a tratar da tormentosa questão das Leis 8.072/1990 *versus* 9.455/1997, continuou o Superior Tribunal de Justiça defendendo, mesmo que através de alguns ministros, que ficavam cada vez mais isolados, a possibilidade da progressão em face da *lex mitior*:

Constitucional. Penal. Execução penal. Regime prisional. Progressão de regime. Crimes hediondos. Lei 8.072/1990, art. 1º, § 2º. Lei 9.455/1997, art. 1º, § 7º. Lex mitior. Incidência. – É dogma fundamental em Direito Penal a incidência retroativa da *lex mitior*, encontrando-se hoje entronizado em nossa Carta Magna, ao dispor que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). – Se a Lei 9.455/1997 admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, conferindo tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 8.072/1990, é de rigor a sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição, em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte de 1988. *Habeas corpus* concedido.⁵ (HC 8640/DF.)

E continuou, reforçando princípios que servem de pedra mestre para a correta adequação das leis ordinárias à Carta Magna, tornando a aplicação do direito cada vez mais vivo e democrático:

Constitucional. Penal. Execução penal. Regime prisional. Progressão de regime. Crimes hediondos. Lei 8.072/1990, art. 1º, § 2º. Lei 9.455/1997, art. 1º, § 7º. Lex mitior. Incidência. – É dogma fundamental em Direito Penal a incidência retroativa da *lex mitior*, encontrando-se hoje entronizado em nossa Carta Magna, ao dispor que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). – Se a Lei 9.455/1997 admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, conferindo tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 8.072/1990, é de rigor a sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição,

em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte de 1988. Recurso especial conhecido e desprovido.⁶ (RESP 181774/SP.)

E mais, reforçando novamente a possibilidade, inclusive, da adoção da aplicação da pena alternativa em razão do princípio da *lex mitior*:

Constitucional. Penal. Execução penal. Regime prisional. Progressão de regime. Crimes hediondos. Lei 8.072/1990, art. 1º, § 2º. Lei 9.455/97, art. 1º, § 7º. Lex mitior. Incidência. Pena alternativa. Lei 9.714/1998. – É dogma fundamental em Direito Penal a incidência retroativa da *lex mitior*, encontrando-se hoje entronizado em nossa Carta Magna, ao dispor que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). – Se a Lei 9.455/1997 admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, conferindo tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 8.072/1990, é de rigor a sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição, em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte de 1988. – A Lei 9.714/1998, que deu nova redação aos arts. 43 a 47 do Código Penal, introduziu entre nós o sistema de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e por ser mais benigna tem aplicação retroativa, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Estatuto, e do art. 5º, XL, da Constituição. – Embora inexistente o direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, é de rigor que a recusa à concessão do benefício seja sobejamente fundamentada, com exame das condições objetivas e subjetivas que indiquem a impropriedade do deferimento do pedido. – *Habeas corpus* concedido, de ofício. Recurso especial prejudicado.⁷ (RESP 60046/SP.)

Essas decisões, apesar de serem minoritárias, eram as que mais ganhavam força e respeito nas vozes da doutrina e dos estudiosos do direito. Surgia, então, a possibilidade de ver-se corrigida e melhor aplicada a lei penal.

⁴ HC 9466/SP; *Habeas Corpus*, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 30/06/1999, data da publicação/fonte DJ 04/09/2000, p. 194. JBC, vol. 45, p. 96, LEXSTJ vol. 136, p. 157.

⁵ HC 8640/DF; *Habeas Corpus*, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Relator p/ Acórdão Ministro Vicente Leal, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 06/05/1999, data da publicação/fonte DJ 20/09/1999, p. 87.

⁶ Processo Resp 181774/SP; Recurso Especial, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Relator p/ Acórdão Ministro Vicente Leal, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 03/11/1998, data da publicação/fonte DJ 13/09/1999, p. 119.

⁷ Processo Resp 60046/SP; Recurso Especial, Relator Ministro Vicente Leal, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 30/06/1999, data da publicação/fonte DJ 06/01/1999, p. 138.

O Superior Tribunal de Justiça, tendo o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro à frente dos defensores dessa linha de pensamento, continuou defendendo:

RHC. Penal. Crime hediondo. Pena. Execução. Regime integralmente fechado. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei 8.072/1990). Tortura (Lei 9.455/1997). Execução. Regime fechado. A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei 8.072/1990 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). A Lei 9.455/1997 quanto ao crime de tortura registra nos arts. 1º-7º: “O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei 9.455/1997, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei 8.072/1990. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes. Matéria solucionável no âmbito da legislação infraconstitucional.”⁸

E o mesmo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

HC. Penal. Crime hediondo. Pena. Execução. Regime integralmente fechado. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei 8.072/1990). Tortura (Lei 9.455/1997). Execução. Regime fechado. A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei 8.072/1990 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). A Lei 9.455/1997 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º-7º: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei 9.455/1997, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei 8.072/1990. Afetou, portanto, no particular, a

disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes. Matéria solucionável no âmbito da legislação infraconstitucional.”⁹ (HC 8167/RS.)

E, seguindo a mesma linha de raciocínio, o Ministro Vicente Leal:

Constitucional. Penal. Execução penal. Regime prisional. Progressão de regime. Crimes hediondos. Lei 8.072/1990, art. 1º, § 2º. Lei 9.455/1997, art. 1º, § 7º. Lex mitior. Incidência. É dogma fundamental em Direito Penal a incidência retroativa da *lex mitior*, encontrando-se hoje entronizado em nossa Carta Magna, ao dispor que a “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). – Se a Lei 9.455/1997 admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, conferindo tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 8.072/1990, é de rigor a sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição, em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte de 1988. Recurso Ordinário provido. *Habeas corpus* concedido.¹⁰ (RHC 8404/RJ.)

Esses posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça mostram-se mais adequados e atentos a uma análise ampla e “global” do ordenamento jurídico. E, continuou, em outras ocasiões, sustentando e reforçando a idéia de regime comum dos crimes hediondos e a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, com base no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal:

Resp. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei 8.072/1990). Execução. Regime fechado. A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei 8.072/1990 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente

⁸ RHC 8520/MG; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 11/05/1999, data da publicação/fonte *DJ* 21/06/1999, p. 203.

⁹ Processo HC 8167/RS; *Habeas Corpus*, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 15/04/1999, data da publicação/fonte *DJ* 14/06/1999, p. 227.

¹⁰ RHC 8404/RJ; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, Relator Ministro Vicente Leal, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 27/04/1999, data da publicação/fonte *DJ* 17/05/1999, p. 242.

em regime fechado” (art. 2º, § 1º). A Lei 9.455/1997 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º-7º: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei 9.455/1997, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei 8.072/1990. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes.”¹¹ (RESP 82439/SP.)

Esse posicionamento, até então, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, bem retrata as lições extraídas da obra de Michel Foucault quando analisa o prazo de duração da pena: “*O prazo de seis meses é curto demais para corrigir os criminosos, e levá-los ao espírito de trabalho; (em compensação) o prazo perpétuo os desespera; ficam indiferentes à correção dos hábitos e ao espírito de trabalho; só se ocupam com projetos de evasão e de revolta; e já que não foram julgados quanto a serem privados da vida, por que procurar torná-la insuportável?*”¹²

Assim, sempre pontual a lembrança do princípio da individualização da pena e seu caráter ressocializador, em total consonância com a progressão do regime prisional.

Cabe, aqui, novamente, destacarmos a importância de decisões que asseguram a aplicação da lei mais benéfica:

Resp. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes Hediondos, (Lei 8.072/1990). Tortura (Lei 9.455/1997). Execução. Regime fechado. A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei 8.072/1990 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). A Lei 9.455/1997 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º-7º: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A

Lei 9.455/1997, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei 8.072/1990. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes.”¹³ (Resp 168423/RS.)

E, na mesma linha de raciocínio, o Juiz Prieto de Souza, em julgado unânime da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, consagrou a possibilidade de progressão no regime prisional com base no disposto pelo art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que veda a submissão do cidadão a penas cruéis, desumanas ou degradantes.¹⁴

Mas, apesar de todos os entendimentos favoráveis à progressão do regime prisional aos crimes hediondos¹⁵, o mesmo Superior Tribunal de Justiça negou a possibilidade da progressão do regime prisional aos crimes hediondos em diversas outras ocasiões:

Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Exacerbação da pena-base. Ações penais em andamento. Consideração como maus antecedentes. Impossibilidade. I – Os condenados como incurso no art. 12 da Lei 6.368/1976 devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (*ex vi* do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990). II – Tal limitação já foi considerada constitucional pelo Pretório Excelso (HC 69.603 e HC 69.657) e não foi revogada pela Lei 9.455, de aplicação restrita. III – A simples indicação de inquiritos e processos em

¹¹ Processo Resp 82439/SP; Recurso Especial, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 14/12/1998, data da publicação/fonte DJ 01/03/1999, p. 385.

¹² Michel Foucault, Vigiar e Punir, p. 101.

¹³ Processo Resp 168423/RS; Recurso Especial, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 23/11/1998, data da publicação/fonte DJ 17/02/1999, p. 172.

¹⁴ Apelação Criminal 97.03.032957, DJ de 26/05/1998.

¹⁵ Apesar dos Tribunais Superiores seguirem por uma linha de raciocínio cada vez mais uniforme sobre o tema, alguns julgadores posicionaram-se de forma independente e firme em suas opiniões, como podemos analisar: Agravo em Execução. Crime Hediondo. Progressão de Regime Deferida. Irresignação do Ministério Público. Possibilidade de Progressão. A imposição do regime integralmente fechado fere o princípio constitucional da isonomia, em face da regra trazida pelo §7º do art. 1º da Lei 9.455/1997, a qual dispõe que o condenado por crime de tortura, salvo o caso previsto no § 2º, iniciará o cumprimento da pena no regime fechado. O conteúdo do §7º da Lei de Tortura foi estendido para todos os delitos abordados pela Lei 8.072/1990, igualando hipóteses típicas, constitucionalmente equiparadas. Agravo Improvido. (Agravo em Execução 70009210964, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 07/10/2004).

andamento não pode ser considerada, como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base. (Precedentes desta Corte e do c. Supremo Tribunal Federal). Recurso parcialmente provido.¹⁶ (Resp 522673/RS.)

Apesar de nos parecer completamente incoerente a supressão de diversos princípios e normas favoráveis ao réu, os Tribunais, no caso o Superior Tribunal de Justiça, parecia cada vez mais convencido da correta aplicação da Lei 8.072/1990 e do regime integralmente fechado, sem a possibilidade de progressão de regime prisional.

E, mesmo contrariando os “gritos” da doutrina, seguiu o Superior Tribunal de Justiça pelo caminho:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Progressão de regime prisional. Lei 9.455, de 07/04/1997. Lei dos Crimes Hediondos. Revogação parcial. Ordem denegada. 1. O homicídio qualificado integra o elenco dos crimes hediondos, como na letra do art. 2º da Lei 8.072/1990. 2. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República apenas estabeleceu “um teor de punitividade mínimo” dos ilícitos a que alude, “aquém do qual o legislador não poderá descer”, não se prestando para fundar alegação de incompatibilidade entre as leis dos crimes hediondos e de tortura. A revogação havida é apenas parcial e referente, exclusivamente, ao crime de tortura, para admitir a progressividade de regime no cumprimento da pena prisional. 3. Ordem conhecida em parte e denegada.¹⁷ (HC 22455/RS.)

A construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça passou a ganhar traços de mecanicidade e repetição cada vez maiores, contrariando o que entendemos ser a função primordial do processo interpretativo lógico e racional. Os juízes têm o poder de produzir o sentido da norma, pois o texto legislativo não é mais do que um mero enunciado a ser interpretado de acordo com a Constituição Federal. Pensar de maneira diversa seria tirar todo o sentido da Carta Magna. Passa a ser necessário que o juiz decida em total consonância com os princípios e regras constitucionais, adequando a lei infraconstitucional ao texto constitucional, e não o contrário, ou seja, adequar a Constituição ao texto le-

gal, sob pena de ferir a correta aplicação dos princípios norteadores da Justiça.

Continuou, ainda, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, ratificando a força da Lei dos Crimes Hediondos :

Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. I – Os condenados como incurso no art. 12 da Lei 6.368/1976 devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (*ex vi* art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990). II – Tal limitação já foi considerada constitucional pelo Pretório Excelso (HC 69.603 e HC 69.657) e não foi revogada pela Lei 9.455 de aplicação restrita.¹⁸ (Resp 323343/MT.)

Entendemos que o Direito Penal não pode permanecer estático, levando-se em conta apenas o que podemos considerar como um tecnicismo jurídico vinculado ao ordenamento positivo. Aplicar o Direito não é, única e simplesmente, aplicar as leis. Aplicar o Direito é adequar a aplicação das leis a uma realidade interpretativa de seu contexto dentro de todo um ordenamento.

As posições jurisprudenciais negadoras da progressão de regime prisional aos crimes hediondos mais se encaixam a um hospital que trata todos os pacientes como se fossem iguais. Assim, as ponderações de Michel Foucault citando o sempre lembrado Beccaria, que nos dá um exemplo claro do que seria esse hospital, afirmando que “*de maneira que se eu traí meu País, sou preso; se matei meu pai, sou preso; todos os delitos imagináveis são punidos da maneira mais uniforme. Tenho a impressão de ver um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio.*”¹⁹

Nega-se a progressão do regime prisional tratando-se todos os delinqüentes como se fossem portadores da mesma doença a ser curada, em total descompasso com a individualização da pena.

Seria o mesmo que tratar todos os doentes de bronquite com os remédios dados aos doentes dos setores de oncologia. É o que se costuma chamar de verdadeiro “manicômio” do sistema prisional. Um

¹⁶ Resp 522673/RS, Relator Ministro Felix Fischer, órgão julgador – Quinta Turma, data do julgamento 21/10/2003, data da publicação/fonte DJ 24/11/2003, p. 367.

¹⁷ HC 22455/RS; *Habeas Corpus*, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 20/02/2003, data da publicação/fonte DJ 17/03/2003, p. 291.

¹⁸ Resp 323343/MT; Recurso Especial, Relator Ministro Felix Fischer, órgão julgador – Quinta Turma, data do julgamento 05/11/2002, data da publicação/fonte DJ 16/12/2002, p. 361.

¹⁹ Michel Foucault, Vigiar e Punir, p. 97.

homicida deve receber tratamento de homicida; um traficante deve receber tratamento de traficante; um estelionatário deve receber tratamento de estelionatário, e assim, para cada caso, um tratamento, levando-se ainda em conta os diversos outros critérios para a correta aplicação da individualização da pena.

E, contrariando o que entendemos ser a escorreita aplicação das técnicas de hermenêutica,²⁰ o Superior Tribunal de Justiça passou a seguir um pensamento cada vez mais estático, negando a progressão do regime prisional em diversas outras ocasiões:

Penal. Crime hediondo. Substituição de pena e progressão de regime prisional. Impossibilidade. 1. Segundo proclamado pelo STF, a Lei 9.714/1998, ao alterar os arts. 44 e seguintes do Código Penal, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos que têm regulação específica. O condenado por tráfico (art. 12 da Lei 6.368/1976) não tem direito ao benefício. 2. A Lei 8.072/1990, art. 2º, § 1º, impõe nos denominados crimes hediondos o regime fechado, vedada a progressão, conforme fixado pelo STF no julgamento do HC 69.603. 3. A Lei 9.455, de 1997 não revoga, por extensão, o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. Esta impede a progressão nos denominados crimes hediondos relativos ao terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes, etc. Já aquela consagra o benefício apenas (unicamente) para o delito de tortura. Não se pode pretender, na hipótese, a revogação por via oblíqua, porque (1) a nova lei não é incompatível com a anterior e dela difere apenas por questão de política criminal, no tocante ao regime prisional de um dos vários crimes qualificados como hediondos. Ademais, (2) a matéria versada na Lei 8.072/1990 não foi disciplinada de modo diverso a dar azo ao entendimento de sua revogação. 4. Neste sentido, inclusive, a jurisprudência do STF que, em sessão plenária (25/03/1998), no julgamento do HC 76.371, concluiu que a Lei 9.455/1997 (Lei de Tortura), quanto

à execução da pena, não derroga a Lei 8.072/1990.²¹ (Resp 440817/RS.)

Acreditamos, em posição contrária à grande maioria do Superior Tribunal de Justiça, que, ao admitir o benefício para os crimes de tortura, passou-se a dar tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 8.072/1990, pois passa a ser de rigor a aplicação de sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição, em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte de 1988.

É bom observar que normas constitucionais ou leis que cerceiam direitos e garantias devem ser interpretadas restritivamente inclusive, e principalmente, pelo legislador ordinário.

As leis devem buscar o caminho da justiça e do equilíbrio. Nas palavras do Professor Francisco de Assis Toledo, *“a lei, qualquer lei, como todo conjunto de normas, é a expressão de um dever ser. Isso significa que, por meio das leis, procura-se estabelecer roteiros, caminhos e preceitos que permitam ao homem alterar, de certa forma, o mundo da realidade, sobre ele construindo uma ordem social mais valiosa. Assim a lei, por si só, nada pode modificar. Quem pode fazê-lo é o destinatário de seus mandamentos, ou seja, o homem que a torna eficaz no meio social. Por isso é que não estaríamos exagerando se disséssemos, para concluir, que, com a edição das leis de reforma, a reforma penal está apenas começando, pois a reforma efetiva, a verdadeira reforma do sistema criminal brasileiro, essa inapelavelmente, só poderá ser realizada por aqueles que se incumbem da administração da Justiça Criminal.”*²²

Imaginava-se que haveria maior aceitação da tese de admissibilidade de progressão de regime por parte do Superior Tribunal de Justiça, conhecido como o “Tribunal da Cidadania”. Mas quem faz o Tribunal são seus julgadores e suas decisões. São os homens que tornam a lei eficaz no meio social.

²⁰Carlos Maximiliano, citando Ferrara, discorre, numa visão teleológica, sobre a atividade interpretativa como fator de progresso do Direito: “A pesquisa não fica adstrita ao objetivo primordial da regra obrigatória; descobre também o fundamento hodierno da mesma. A ratio iuris é uma força viva e móvel que anima os dispositivos e os acompanha no seu desenvolvimento. É como uma linfa que conserva sempre verde a planta da lei e faz de ano em ano desabrocharem novas flores e surgirem novos frutos”. Não só o sentido evolve, mas também o alcance das expressões de Direito” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 11ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1990, p. 154).

²¹Processo Resp 440817/RS; Recurso Especial, Relator Ministro Fernando Gonçalves, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 01/10/2002, data da publicação/fonte DJ 21/10/2002, p. 435.

²²TOLEDO, Francisco de Assis. *Direito Penal e o novo Código Penal Brasileiro*, Fabris Editor, 1985, p. 17.

Indiferente a isso, em posição contrária a esta linha de pensamento, continuou o Superior Tribunal de Justiça:

Habeas Corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime equiparado a hediondo. Trânsito em julgado da condenação. Pedido para aguardar em liberdade julgamento de revisão criminal. Incabimento. Lei 8.072/1990. Revogação parcial pela Lei 9.455, de 07/04/1997. Progressão de regime. Substituição de pena. Matérias objeto de decisão do Tribunal a quo. 1. Incabe liberdade provisória, em havendo trânsito em julgado do decreto condenatório, presente que se faz sentença em execução. 2. Não se conhece do pedido quando ainda pendente de julgamento revisão criminal no Tribunal a quo, sob pena de supressão de um dos graus da jurisdição, mormente quando a interpretação do pedido de *habeas corpus* evidencia a sua vontade de ver a questão decidida pela Corte Estadual. 3. Pedido parcialmente conhecido e denegado nesta extensão.²³ (HC 16668 / SP.)

Analisando as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, notamos um recrudescimento cada vez maior no ponto de vista da grande maioria de seus Ministros. Cremos que esse pensamento de negação da progressão do regime prisional aos crimes hediondos, mesmo em face da Lei 9.455/1997, em muito contraria as boas técnicas de hermenêutica quando deixam de lado princípios norteadores de direito constitucional e direito penal, além de diversos outros Tratados de Direitos Humanos.

Como é sabido, a jurisprudência dos Tribunais tem papel fundamental na boa e correta aplicação da norma penal.²⁴ Em diversas ocasiões, a jurisprudência conseguiu adaptar corretamente a aplicação do direi-

to a situações, muitas vezes, confusas e complexas em decorrência de péssimas técnicas legislativas, seja na esfera penal, cível, tributária etc.

Mas, apesar de grandes evoluções jurisprudenciais em muitas esferas do direito penal, parece-nos que a questão da progressividade aos crimes hediondos não conseguia prosperar. O Superior Tribunal de Justiça continuou aplicando a negação da progressão do regime prisional aos crimes hediondos, deixando praticamente de lado a boa hermenêutica que lhe é bem conhecida.

Dando seqüência aos entendimentos jurisprudenciais, mais um exemplo claro da análise pura e simples da lei penal, em total descompasso com o que entendemos fazer parte dos valores²⁵ constitucionais dentro da ótica preconizada pelo constituinte pátrio quando da elaboração da “Constituição Cidadã”:

Penal. Dosimetria da pena. Aferição. Dilação probatória. Habeas corpus. Via inadequada. Crime hediondo. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Aplicação do art. 44 e seguintes do Código Penal (Lei 9.714/1998). Impossibilidade. Progressão de regime prisional. Inviabilidade. Manutenção do integralmente fechado. 1 – O *Habeas corpus* não é via adequada para se aferir a justiça da pena aplicada, se foi ou não exacerbada, visto que, para intentos deste jaez, é necessário incursão na seara fático-probatória, inviável de ser levada a cabo no angusto veio de conhecimento do *writ*. 2 – A Lei 9.714/1998 que modificou os arts. 44 e seguintes do Código Penal, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos que têm regulação específica

²³ HC 16668/SP; *Habeas corpus*, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, órgão julgador – Sexta Turma, data do julgamento 07/08/2001, data da publicação/fonte *DJ* 29/10/2001, p. 272.

²⁴ Assim o ensinamento do Professor Paulo José da Costa Jr. Analisando o papel da jurisprudência: “Pode-se, pois afirmar, como Planiol in *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1950, vol. I, n. 14, que a jurisprudência representa “a forma viva do Direito”, por evidenciar a maneira pela qual vem o Direito a ser aplicado às relações humanas, dia a dia. Estudar a jurisprudência equivale a conhecer o Direito em sua realidade quotidiana, analisando como são os casos isolados concretamente disciplinados pelas normas jurídicas. Consequentemente, a importância imediata da jurisprudência reside no fato de apresentar ela o Direito em sua aplicação prática, em suas vestes vivenciais”. – Código penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 1: parte geral/coordenação: Alberto Silva Franco, Rui Stoco; prefácio: Paulo José da Costa Júnior. 7. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

²⁵ Dispondo sobre os valores constitucionais, extraímos a lição da Professora Flávia Piovesan citando Antonio Enrique Pérez Lunô, que assim define que: “los valores constitucionales posuen una triple dimensión: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político; b) orientadora – metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; y c) crítica – para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. (...) Los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guia para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad”. Flavia Piovesan, A proteção dos Direitos Humanos no sistema constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 11, n. 45, 2003, p. 220.

lex generalis non derogat lex specialis, daí porque o condenado por tráfico (art. 12 da Lei 6.368/1976) não tem direito ao benefício. Precedentes do STF e desta Corte. 3 – A Lei 8.072/1990, art. 2º, § 1º, impõe nos denominados crimes hediondos – o regime fechado, vedada a progressão. A norma foi declarada compatível com a Constituição Federal no julgamento do HC 69.603. 4 – A Lei 9.455, de 1997, não revoga, por extensão, o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. Esta impede a progressão nos denominados crimes hediondos relativos ao terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes, etc. Já aquela consagra o benefício apenas (unicamente) para o delito de tortura. Não se pode pretender, na hipótese, a revogação por via oblíqua, porque (1) a nova lei não é incompatível com a anterior e dela difere apenas por questão de política criminal, no tocante ao regime prisional de um dos vários crimes qualificados como hediondos. Ademais, (2) a matéria versada na Lei 8.072/1990 não foi disciplinada de modo diverso a dar azo ao entendimento de sua revogação. 5 – Neste sentido, inclusive, a jurisprudência do STF que, em sessão plenária (25/03/1998), no julgamento do HC 76.371, concluiu que a Lei 9.455/1997 (Lei de Tortura), quanto à execução da pena, não derroga a Lei 8.072/1990. 6 – Ordem denegada.²⁶ (HC 13408/BA.)

Essa corrente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça foi a que ganhou maior força com seus posicionamentos.²⁷ Ampliou-se cada vez mais o enten-

dimento de que a Lei 9.455/1997 em nada modificava a Lei 8.072/1990.

Assim, aumentou-se sobremaneira a percepção de que essa tendência seria mantida, e que seria cada vez mais trabalhoso mudar essa situação. Podemos perceber que a jurisprudência que passou a dominar nos Tribunais foi a que nega o benefício da progressão do regime prisional aos denominados crimes hediondos. Desta forma, exemplo sempre lembrado por muitos doutrinadores dos erros que podem ser cometidos quando da aplicação de regime prisional único é o do jovem que fornece um cigarro de maconha a seu companheiro e acaba preso, sendo colocado no mesmo complexo penal que o grande traficante de drogas, que receberá tratamento penal igual ao do primeiro.

Questões como interpretação extensiva, lei mais benéfica ao réu e análise sistemática do direito foram praticamente abandonadas por alguns julgadores.²⁸

2 A edição da Súmula 698 do STF

Como não poderia deixar de ser, coube também ao Supremo Tribunal Federal a apreciação da matéria em questão. A condensação dos entendimentos do Supremo fez nascer a Súmula 698 (*DJLI*, Seção I, de

²⁶ HC 13408/BA ; *Habeas Corpus*, Relator Ministro Fernando Gonçalves, órgão julgador – Sexta Turma data do julgamento 14/12/2000, data da publicação/fonte *DJ* 12/02/2001, p. 145.

²⁷ Em sentido contrário o HC 9331/DF, *DJ* de 13/9/1999, p. 117, que teve como Relator o Ministro Hamilton Carvalhido: “Constitucional. Penal. Execução Penal. Regime Prisional. Progressão de Regime. Crimes Hediondos. Lei 8.072/1990, art. 1º, § 2º. Lei 9.455/1997, art. 1º, § 7º. *Lex mitior*. Incidência. Pena Alternativa. Lei 9.714/1998. – É dogma fundamental em Direito Penal a incidência retroativa da *lex mitior*, encontrando-se hoje entronizado em nossa Carta Magna, ao dispor que a “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). – Se a Lei 9.455/1997 admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, conferindo tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 8.072/1990, é de rigor a sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição, em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte de 1988. – A Lei 9.714/1998, que deu nova redação aos arts. 43 a 47 do Código Penal, introduziu entre nós o sistema de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e por ser mais benigna tem aplicação retroativa, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Estatuto, e do art. 5º, XL, da Constituição. – Embora inexistente o direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, é de rigor que a recusa à concessão do benefício seja sobejamente fundamentada, com exame das

condições objetivas e subjetivas que indiquem a impropriedade do deferimento do pedido. – *Habeas Corpus* parcialmente concedido.”

²⁸ Felizmente alguns julgadores analisaram tão tormentosa questão com base nos princípios constitucionais, como podemos extrair de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Execução. Regime Integralmente Fechado. Possibilidade de Progressão. Mudança face a lei mais favorável. A Constituição, que é posterior ao Código Penal, estabeleceu o princípio incondicional da retroatividade *in melius*, ou seja, a lei penal retroage, a despeito da coisa julgada, nas hipóteses da *abolitio criminis*, da pena mais branda ou quando, por qualquer outro modo, favorecer o acusado. No caso, a nova forma de cumprimento de pena, prevista para os crimes de tortura, por ser mais benéfica, alterou semelhante dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos através da isonomia. Pois é consabido que o ordenamento jurídico constitui um sistema racional de normas e não suporta contradições internas. Deste modo, não existe razão lógica a justificar a aplicação do regime progressivo aos condenados por tortura e negar, ao mesmo tempo, igual sistema prisional aos condenados por crimes hediondos ou de tráfico ilícito de entorpecentes. Nem do ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave em confronto com os crimes já referidos (Decisão por maioria).” (Agravado em Execução 699148797, 6ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Sylvio Baptista, 06/05/1999).

09/10/2003, p. 6), que manteve a linha de pensamento de seus Ministros.

A Súmula 698 do Supremo Tribunal Federal assim dispõe:

Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

A base legislativa para o surgimento da Súmula 698 são: a Lei 8.072/1990, art. 2º, § 1º, e a Lei 9.455/1997, art. 1º, § 7º.

Os julgados precedentes são:

HC 76.543 de 03/03/1998, *DJU* de 17/04/1998; HC 76.371 de 25/03/1998, *DJU* de 19/03/1999; HC 76.894 de 31/03/1998, *DJU* de 14/08/1998; HC 77.335 de 05/06/1998, *DJU* de 27/11/1998; HC 76.617 de 23/06/1998, *DJU* de 02/10/1998; HC 77.256 de 23/06/1998, *DJU* de 16/10/1998; RE 237.846 de 14/12/1998, *DJU* de 30/04/1999; HC 78.413 de 02/02/1999, *DJU* de 26/03/1999; HC 77.943 de 02/02/1999, *DJU* de 21/05/1999; HC 78.967 de 16/03/1999, *DJU* de 16/04/1999.

O Supremo Tribunal Federal sempre se mostrou contrário à tese que defendia a progressão de regime de cumprimento de pena aos crimes hediondos, recentemente editando a Súmula 698, que dispõe: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”, fundamentada em diversos acórdãos, dos quais extraímos seus principais fundamentos:

Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Concurso de agentes. Pena-Base. Majoração da pena (arts. 12, 14 e 18, III, da Lei 6.368/1976). Regime de cumprimento de pena: integralmente fechado (Leis 8.072/1990, art. 1º, e 9.455/1997, art. 1º, § 7º). Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. “De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo. Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo juiz, como intérprete da lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave. A Constituição Federal, no art. 5º, XLIII, ao considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, não tratou

de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos. Nada impedia, pois, que a Lei 9.455/1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado — e não integralmente fechado.²⁹ (HC 76543.)

E continuou o Supremo alegando que o legislador ordinário legislou com a finalidade precípua de combater a criminalidade mais grave.

Indiferente, e seguindo sua linha de posicionamento, continuou o mesmo Supremo Tribunal Federal reafirmando sua posição:

Regime de cumprimento de pena. A Lei 9.455/1997, que admite a progressão do regime de cumprimento da pena para o crime de tortura, não se aplica aos demais delitos a que se refere a Lei 8.072/1990, não sendo correto o entendimento de que o art. 5º, XLIII, da Constituição deu tratamento unitário a todos esses crimes, inclusive quanto a regime de cumprimento de pena.³⁰ (RE 237846.)

E o Supremo Tribunal Federal reforçando cada vez mais sua tese:

Habeas corpus. Regime de cumprimento da pena. Crime hediondo. Tóxico. Lei 8.072/1990. Lei 9.455/1997. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária no dia 25/03/1998, julgando o *Habeas Corpus* 76371, Redator para o acórdão o eminente Ministro Sydney Sanches, concluiu que a Lei 9.455/1997 (Lei de Tortura), quanto à execução da pena, não derogou a Lei 8.072/1990, não se viabilizando a progressão do regime de cumprimento da pena para os delitos tipificados na lei dos crimes hediondos.³¹ (HC 76894.)

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ganhava dia após dia seus principais contornos de uniformidade perante um debate que merecia ir muito além da análise da correta aplicação da Lei 8.072/1990 e sua incerta e malfadada constitucionalidade.

A maior Corte do País, acostumada a mudar os rumos da história jurídica, manteve-se seguindo seu ponto de vista.

²⁹ STF, HC 76543/SC, *DJ* de 17/04/1998.

³⁰ STF, RE 237846/DF, *DJ* de 30/04/1999.

³¹ STF, HC 76.894, *DJ* de 22/05/1998.

No *Habeas Corpus* 76543/SC, a seguir transcrito, o STF analisou a questão em processo envolvendo o tráfico de entorpecentes. No aspecto referente a progressão do regime prisional em face da Lei 9.455/1997 manteve o mesmo posicionamento que já vinha adotando:

Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Concurso de agentes. Pena-base. Majoração da pena (arts. 12, 14 e 18, III, da Lei 6.368/1976). Regime de cumprimento de pena: Integralmente fechado (Leis 8.072/1990, art. 1º, e 9.455, de 07/04/1997, art. 1º, § 7º). Art. 5º, XLIII, da C.F. (...)

3. Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição de regime integralmente fechado. A Constituição Federal, no inciso XLIII do art. 5º, estabeleceu: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena. A Lei 8.072, de 26/07/1990, aponta, no art. 1º, os crimes que considera hediondos (latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, e genocídio; tentados ou consumados). No art. 2º acrescenta: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança e liberdade provisória. E no § 1º: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos. 4. A Lei 9.455, de 07/04/1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º, esclarece: “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”. Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início. Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo. Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo,

ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas. 5. De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo. Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo juiz, como intérprete da lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave. 6. A Constituição Federal, no art. 5º, XLIII, ao considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos. Nada impedia, pois, que a Lei 9.455, de 07/04/1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado — e não integralmente fechado. Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade. 7. “HC” indeferido.³² (HC 76543/SC.)

O Ministro Sepúlveda Pertence ao relatar o HC 78967-6/SP, assim expôs seu pensamento: *“Pode ser triste que, assim, ao torturador se reserve tratamento mais leniente que ao miserável “vapeiro” de trouxinhas de maconha: foi, no entanto, a opção da lei que — suposta a sua reafirmada constitucionalidade — é invencível, na medida em que, no tocante ao regime de execução, o art. 5º, XLIII, da Constituição não impôs tratamento uniforme a todos os crimes hediondos.”*³³

O Supremo continuou mantendo sua linha de raciocínio:

Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Crime de latrocínio. Regime de cumprimento de pena: integralmente fechado. Inaplicabilidade da Lei 9.455, de 07/04/1997, à hipótese. 1. A Lei 9.455, de 07/04/1997, no § 7º do art. 1º, estabeleceu que, nos casos de crime de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado. 2. Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei 8.072, de 26/07/1990 (art. 1º), e cuja pena se deve cumprir em regime integralmente fechado (art. 2º, § 1º), inclusive o de latrocínio, como é o caso

³² HC 76543/SC, *Habeas Corpus*, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Julgamento: 03/03/1998, órgão julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 17/04/1998.

³³ STF, HC 78.967-6/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 16/04/1999.

dos autos. 3. Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política. 4. Por outro lado, já decidiu o Plenário do STF, no julgamento do “HC” 69.657, que não é inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos. 5. “HC” indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator.³⁴ (HC 76371/SP.)

Ou seja, apesar de flagrante inconstitucionalidade da Lei 8.072/1990, o Supremo continuou mantendo sua posição, afirmando que não poderia modificar o texto legislativo sob pena de usurpar a competência de um outro Poder.

E, apesar das diversas vozes doutrinárias seguirem na contramão, o Supremo continuou a se manifestar pela nefasta continuidade da possibilidade da não progressão:

Recurso extraordinário. Regime de cumprimento de pena. A Lei 9.455/1997, que admite a progressão do regime de cumprimento da pena para o crime de tortura, não se aplica aos demais delitos a que se refere a Lei 8.072/1990, não sendo correto o entendimento de que o art. 5º, XLIII, da Constituição deu tratamento unitário a todos esses crimes, inclusive quanto a regime de cumprimento de pena. Precedentes do STF Recurso extraordinário conhecido e provido.³⁵ (RE 237846/DF.)

Muitos pensamentos jurídicos já foram corrigidos graças ao trabalho incansável de advogados, promotores, juízes e demais operadores do direito, que muitas vezes lutaram arduamente contra teses que muitas vezes pareciam intransponíveis.

Qual a perspectiva que um detento tem em tentar voltar ao convívio social, se o próprio aparato estatal não lhe proporciona mecanismos de reinserção. É fato notório que na grande maioria das cidades brasileiras os presos são submetidos a tratamento degradante, cruel e desumano em absoluto contraste com nossa ordem constitucional. Misturam-se, ainda, presos provisórios com condenados definitivos, violando-se o texto constitucional e a Lei de Execução Penal, que em seu art. 88 assim dispõe: “O condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”.

Acreditamos que é chegado o momento para mudanças estruturais, tanto da legislação, como na execução das penas. Deve o Estado, através de seus agentes, proporcionar meios de ressocializar o preso. Não podemos “lavar as mãos” achando que o problema está resolvido.

Manter os presos sem a perspectiva de progressão em seus regimes prisionais é aniquilar totalmente suas esperanças de retorno ao convívio social. Cada detento traz consigo características próprias de sua personalidade, formação, convívio familiar e social etc., não podendo o aparelho estatal tratá-los como se fosse uma única pessoa criminoso.³⁶

Encarcerar um criminoso sem perspectivas de progressão no regime prisional não significará sua total aceitação e cumprimento da pena. Acreditamos que este se verá com dois caminhos a seguir:

1º – cumprir todo o regime, sem a esperança de melhorar para antecipar sua saída e tentar uma nova vida; (uma verdadeira utopia);

2º – rebelar-se contra o sistema imposto e tentar fugir. Afinal, em sua mente, não terá nada a perder. (Causa mais provável, além do preso “aprender” novas técnicas delituosas na “escola” do crime).

Cremos que a segunda hipótese será a mais procurada por quase todos os criminosos, pois sabemos o quão deficiente é o nosso sistema prisional.

³⁴HC 76371/SP, *Habeas Corpus*, Relator: Min. Marco Aurélio, Rel. Acórdão, Min. Sydney Sanches, Revisor Min. Julgamento: 25/03/1998, órgão julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 19/03/1999, p. 9.

³⁵RE 237846/DF, Recurso Extraordinário, Relator: Min. Moreira Alves, julgamento: 14/12/1998, órgão julgador: Primeira Turma, publicação: DJ 30/04/1999, p. 33.

³⁶Uadi Lammêgo Bulos, ob. Cit., p. 263, “pelo princípio constitucional criminal da individualização punitiva, a pena deve ser adaptada ao condenado, consideradas as características do sujeito ativo e do crime. Tal vetor compactua-se com o ditame da personalidade, ou seja, o crime imputa-se, apenas, ao seu autor, sendo ele o único elemento suscetível de sofrer a sanção”.

3 A Mudança de entendimento do STF

No *Habeas Corpus* 82.959-7 o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento sobre a progressão de regime para os crimes hediondos, passando a considerar inconstitucional a vedação a tal princípio.

A ementa de tal decisão recebeu o seguinte texto:

Pena. Regime de cumprimento. Progressão. Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Progressão. Óbice. Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. Inconstitucionalidade. Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena — art. 5º, XLVI, da Constituição Federal — a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.³⁷

4 A Revisão “urgente” da Lei dos Crimes Hediondos

Cremos, em consonância com grande número de doutrinadores, que é chegada a hora de uma revisão “urgente” da Lei 8.072/1990 — que define os crimes hediondos.

³⁷ *Habeas Corpus* 82.959-7 de São Paulo — “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de habeas corpus e declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072, de 25/07/1990, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Brasília, 23/02/2006. Ministro Marco Aurélio — Relator”.

Deve-se criar um debate nacional, procurando adequar a lei dos crimes hediondos dentro da finalidade ressocializadora da pena, adequando-se aos ditames da Constituição Federal e reestruturando com eficácia e eficiência todo o sistema carcerário.

Alguns pontos que devem obrigatoriamente ser observados quando da citada revisão³⁸:

- evitar a reincidência por meio da educação do preso;
- combater a omissão do Estado por não cumprir a Constituição e a Lei de Execução Penal;
- tratamento dos presos com mais humanidade;
- ressocialização dos presos;
- aplicação das penas alternativas³⁹ quando a pena prevista não for superior a quatro anos, incluindo-se nesse rol os crimes hediondos;
- reintrodução da graduação progressiva no cumprimento das penas em consonância com a lei de tortura;
- quando houver lesão corporal grave ou morte, o preso deverá cumprir, no mínimo, metade da pena em regime fechado. Somente depois disso o preso pode progredir para o regime semi-aberto e, daí, para o aberto.

5 Conclusão

O sistema penal mostra-se cada vez mais promíscuo e ineficiente. Existe um alto custo para sua manutenção sem, todavia, apresentar uma resposta eficaz do que seria sua finalidade, ou seja, a ressocialização e reinserção do condenado novamente ao convívio social.

³⁸ O Conselho Federal da OAB possui uma comissão específica para discussão do tema. Estes tópicos estão disponíveis em: www.oab.org.br.

³⁹ Nesse sentido a Lei 9.714, de 25/11/1998: Art. 1º — Os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940, passam a vigorar com as seguintes alterações: (...) “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I — aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II — o réu não for reincidente em crime doloso; III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem eu essa substituição seja suficiente.”

Investe-se muito em nada, criando-se a falsa esperança de que tudo está sob controle, vendendo-se a idéia de que a rigidez penal está conseguindo acabar com a criminalidade. Tudo cai por terra quando somos noticiados das diversas rebeliões que se estendem pelo País afora.

A Lei dos Crimes Hediondos pode ser considerada como uma verdadeira aberração contra os princípios da humanidade e individualização da pena. Com o surgimento da Lei de Tortura, esperava-se, pelo menos doutrinariamente, que os problemas seriam resolvidos, adequando-se a pena à sua verdadeira finalidade.

Concluimos que a Lei dos Crimes Hediondos deve ser revista e alterada no âmbito do Poder Legislativo, passando pela análise de uma Comissão formada por juristas de renome.

Assim, cremos que a sociedade civil, bem como o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, os Conselhos das Comunidades, Patronatos, Conselhos Penitenciários, Ministérios Públicos, Ordem dos Advogados do Brasil, juízes das Execuções Penais e, também, os desembargadores e ministros dos Tribunais Superiores devem, pelo menos, iniciar um efetivo debate na busca de soluções concretas ao caos do sistema prisional, resgatando a dignidade do preso através do trabalho e do estudo em total consonância com a Constituição Federal.

Muito ainda poderia ser dito, mas, com a realização deste trabalho, esperamos ter acendido uma pequena faísca jurídica diante do grande incêndio de discussões que podem ser produzidas, buscando-se incessantemente o exame crítico que produza bons frutos e conquistas para a melhoria da administração da justiça penal.

6 Bibliografia e Fontes de Pesquisa

ALMEIDA, Lauro de. *Código penal alemão: direito comparado*. São Paulo: Edusp, 1974.

BARROS, Marco Antonio de. *Abalos à dignidade do Direito Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 87, n. 747.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Editora Saraiva, vol. 2, 2000.

BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 99, 370, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, São Paulo, Editora Martins Fontes, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – parte geral*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*, 5ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*, 5ª edição, Editora Renovar, 2000.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Ed. Objetiva, 1ª ed., Rio de Janeiro, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*, Curitiba, 1980.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, 14ª ed., Ed. Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. *Tortura – Breves Anotações sobre a Lei 9.455/97*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 5, n. 19, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90*, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1: parte geral/coordenação: Alberto Silva Franco, Rui Stoco; prefácio: Paulo José da Costa Júnior: 7. ed. Ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, 24ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – parte geral*, v. 1, 25ª edição, Editora Saraiva, 2002.

LEAL, João José. *A Lei dos Crimes Hediondos e a formação de um subsistema punitivo marginal ao Código Penal*. Revista Jurídica, Blumenau, v. 7, 14, 2003.

LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos passos perdidos*. Rio de Janeiro. Ed. Nova Fronteira, 1998.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Breves considerações sobre a criminalização da tortura*. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 56, 1997.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*, Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, Editora Atlas, 17ª edição, São Paulo, 2001.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal*, Revista do Advogado 78 da Associação dos Advogados de São Paulo, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos Direitos Humanos no sistema constitucional brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 11, n. 45, outubro/dezembro, 2003.

Toledo, Francisco de Assis. *Direito Penal e o novo Código Penal Brasileiro*, Fabris Editor, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

7 Outras Fontes de Pesquisa

Constituição Federal, legislação federal e *sites* na Internet como, por exemplo: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Estaduais e Federais, Planalto, Senado Federal, Ministério da Justiça, Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo entre outros.

Todas as decisões citadas no trabalho podem ser encontradas nos *sites* dos Tribunais: STF – Supremo Tribunal Federal www.stf.gov.br e STJ – Superior Tribunal de Justiça www.stj.gov.br.